

資 料

〔外国文献紹介〕

早稲田大学刑事法学会

ヴォルフガング・フリッシュ

「比較刑法と国内法

—立法と法適用の場面における比較刑法の意義—」

岡 田 侑 大

1 紹介にあたって

我が国において、比較刑法学は、伝統的にドイツの刑法学との比較を行ってきた。もちろん、近時では、イギリスやアメリカといった英米刑法や、フランス・イタリア・オーストリア・スイス・デンマークといった、ヨーロッパ各国刑法との比較が進んできている。しかし、こと刑法の分野では、ドイツとの比較が、今でもなお中心的であるように思われる。このドイツとの比較という方法論は、ともすれば、「自国の実務に対して貢献し、判例の動向に影響を及ぼすといった性質のものでもなくて、借り物の理論で観念的に説明を加えるという思弁の所産が多かった」と指摘されるものであった。これは、我が国の比較刑法が、外国法をただ受容することに陥る可能性を指摘するものでもある。だが、この問題点に注意しなければならないことについては、以前から指摘されてきたところであるが、どのように比較刑法学を行うのか、その方法論についてはなお明らかにされていないのではなからうか。⁽¹⁾⁽²⁾⁽³⁾問題意識としては共有されてきているのかもしれないが、定義づけとしては、なお不明確な部分を含んでいるのである。

このような状況の中で、比較刑法の意義について論じたのが、ヴォルフガ

(1) 宮澤浩一「比較刑法研究のための基礎作業」井上正治博士還暦祝賀『刑事法学の諸相(上)』(有斐閣・1981年)177～178頁。

(2) 安平政吉「比較刑法学の任務と方法」青山法学論集第1巻第1＝2号(1959年)233頁以下参照。

(3) 我が国における比較刑法のモノグラフィーとしては、岡田朝太郎『比較刑法上巻』(明治大学出版部・出版年不明)、同『比較刑法下巻』(明治大学出版部・出版年不明)小齋甚治郎『比較刑法』(清水書店、1923年)まで遡る。それ以降、モノグラフィーが出ていないほど、比較刑法が、今まで顧みられてこなかったことを示している。したがって、本論文を取り上げて検討する意義は高いように思われる。

グ・フリッシュの「比較刑法と国内法—立法と法適用の場面における比較刑法の意義—」⁽⁴⁾である。フリッシュは、この問題について、立法の段階、規範化の段階、法適用の段階、と三段階に分けて、具体例を交えながら考察するものであり、注目に値する。以下では、論文の構成に従いつつ、論文の概要を紹介して、最後に、若干のコメントを付すことにする。

2 フリッシュ論文の概要

一 はじめに

エルンスト・ツィッテルマンによれば、法的問題を解決する際に、比較法は、「解決へのストック (Vorrat an Lösungen)」⁽⁵⁾を提供する。つまり、比較法は、他の法秩序を比較の対象としようと諸外国に目を向けることで、立法や解釈の問題に対して自由に解決するためになされるのである。ドイツにおける比較刑法の論文においても、このことが強調されてきた。

いままで、立法者が常に比較法を行ってきたことは、確証されてきており、このことは、刑法においても変わるところではない。もっとも、近時の立法に目を向けたとき、刑法を改正するような場合には、比較法は従たる役割でしかなく、しばしば弁明としての機能 (Alibifunktion) しか有さないことは明らかである。しかも、法適用の場面においては、意義はさらに乏しく、裁判に影響を与えうるであろう外国の法秩序を見つけることは、困難である。このような、コンラッド・ツヴァイゲルトの言うところの、「普遍的な解釈方法としての比較法 (Rechtsvergleichung als universaler Interpretationsmethode)」⁽⁶⁾は、刑法においては、ほとんどなされていないように感じられる。このことは、とりわけ、ドイツの刑事立法と刑事司法から明らかとなるが、他国においても、こと刑法においては変わらないように思われる。では、どうしてこのように感じられるのであろうか。もちろん、比較法は有用なものであるが、それには根拠が必要である。そして、こ

(4) 本論文は、Thomas Elholm, Petter Asp, Flemming Balvig, Birgit Feldtmann, Kimmo Nuotio og Asbjørn Standbakken “Ikke kun straf — Festskrift til Vagn Greve” Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2008 (Thomas Elholm ほか編『Vagn Greve 教授古稀祝賀論文集—刑罰だけではなく…』) に所収されている。Vagn Greve 教授は、経済犯罪を中心とする刑法全般を専門に、コペンハーゲン大学やコペンハーゲン商科大学の教授を歴任し、コペンハーゲン大学では学部長も勤めた。

(5) Zitiert nach E. Rabel, Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht 1924, S. 279, 287.

(6) Zweigert, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 1949/50, 5 ff.

の問題へ回答するには、前例を振り返らずにはできない。

二 立法の場面

刑法においても、他の法秩序を見ることで、自国の問題解決に対するガイドラインを見つけてきたことを、歴史が証明している。19世紀のヨーロッパは、フランス法に大きく依存しており、国内刑法典と刑事訴訟法もその例にもれない。19世紀末になると、日本・韓国・中国といった遠い国々でも、他の法秩序を参考にした立法や法改正がなされた。

20世紀のヨーロッパでは、比較刑法のこの役割は、確かに、幾分か弱まり、編纂作業は、ヨーロッパの多くの国々において行われなくなった。しかし、完全に意義を失ったわけではなく、ドイツにおいては、例えば、スイスでカール・ストースが展開した予防的処分が受容され、また、北欧において行われている日数罰金制度が定着した。20世紀末には、かつての社会主義国家が滅亡した後に、比較法に基づいた、法典編纂の波が来た。

以上のように、世界中で、外国の法典に目を向けることで、法秩序が形成された。もちろん、この受容の過程で手本とされたのは、比較刑法の学問的方法によって獲得されたモデルではなく、自国より利点があると判明したものであった。このときに、どの法秩序を参考とするのかは、立法手続に関与した者に左右された。しかし、このようにたまたま選ばれた法秩序ですら、多くの場合に、モデルとしての意義を獲得したのである。したがって、学問的になされた比較刑法の帰結からは、さらに有用な意義を得られうる可能性も、十分、現実味がある。

もっとも、上述の例から、比較刑法を体系的に進めることが有用であるという考えが、現実的根拠を有していることにはならない。ここから判明することは、外国の解決モデルを受容する際に、満たされなければならない何かしらの要件があることである。

それは、受容する側の国家に、いいものと認識された外国の解決モデルを受容しやすいよう、自国の法に疑問をさしはさみ、ときにこれを放棄するための準備が存在することである。法の改正が必要であると認識された場合にも、新しく編纂する場合と同様に、常にではなくとも、この準備が存在する。このことは、比較的広く行われており、それどころか、問題があると認識された自国法の主要原理をいったん棚上げにする。このときに、今までの自国法の主要原理システムと適合させることが難しい他の法秩序の解決モデルを受容しうるのである。また、法改正の場合には、外国の法秩序の解決モデルを参考とする際に、自国においてこれまで無視されてきたような問題が、他国においては激しく議論されてある妥当な問題解決を導いた、といった「格差状況（Gefälle-Situation）」が存在しない

ことが必要である。

以上の分析をもとに、再度、立法の例を振り返ると、例外なく、自国法の主要原理を放棄したり、自国においても議論されている状況があるといったりした準備の存在が、実務上問題とされてきたことを知ることができる。

三 規範化の場面

自国法の主要原理にほとんど問題のない刑法典においては、比較法的考慮は、全く役に立たないか、従たる役割でしかない。満足も許容もできない規定は、通常、変更され、問題ととならなくなる。現行の構成要件の文言からは捕捉できないものの、科学技術の発展によって類する法益侵害をもたらしている場合も、現行の構成要件を拡張したり、あるいは新しく構成要件を創出したりすることで、実質的に比較できるようになる。また、今までは不処罰であった態度を処罰すべきか議論になった際にも、既に処罰されている態度と比較可能かどうか、いいかえれば重大な法益侵害態度に類するかが常に問題とされてきた。さらに、国民が希望する犯罪予防としての刑罰の長期化や予防的処分については、外国法に目を向けることなく、このような希望が正当化されるのか、より穏やかな方法で達成されないか、憲法や人権条約といった法律上の根拠を確かに有しているかが問題となった。このように、外国法は、裏づけでしか用いられない従たる役割であり、外国法によって自分たちの解決策が合理的と裏付けられるときに、もっぱら、目を向けられる。

法典編纂後において、比較刑法の問題解決アプローチがこのようにして意義を失うことは、偶然ではなく、2つの理由に基づいている。

第一に、法典編纂前の時期に特徴的な、自国法の主要原理を放棄する準備が十分である場合、あるいは、自国においても議論されている場合には、法典編纂後においては立法当局が適切であると判断するために、自国法に疑問を差し挟んだり、放棄したりしなくなるために、考慮されなくなるためである。

第二に、問題視されたものに事実即した回答を与えるには、最も簡明で、事実に適合し、指導的で法的基盤を有することも稀ではない優先的な基準が存在するためである。つまり、ある不十分な帰結を回避するには、普通は、自国の立法当局の理性と経験で十分である。しかし、この自らの経験に支えられた考慮のみが、比較法の影響を薄くするわけではない。法秩序からの要請もまた問題となる。このことは、外国の解決モデルが自国の憲法と合致しないがゆえに、比較刑法を行うことはわずかな意義しか有さない、ということの意味するだけではない。法秩序の一貫性と矛盾のなさもまた比較法の影響を薄くする。この法秩序の一貫性と矛盾のなさを、立法者が考慮する場合、立法者は、まず、自国において

既に確立した諸原則と対応させる。この諸原則が、問題解決のきっかけを与える場合、法秩序の精神に基づいた回答が定まる。外国の法秩序からは道を外れているように見える場合であっても、断念する根拠にはならない。外国では外国の解決方法が見つかるため、立法者は、自国において適切とみなされる解決策をはねつけてはならない。

比較法を通じて刺激された刑法典の解決策は、法典編纂時のコンテキストと同様に、依然として除外されるようなものではないが、もはや限定的な役割に過ぎない。立法者の指導原理は、通常、問題に対する回答を存在する諸原理から導くことである。自国の法秩序に問題が多い、もしくはとても多くの解決策の余地が残されている場合、立法者には、外国の問題解決策を受容するだけの裁量がある。

自国の法秩序に問題が多い場合、これは、いつか改正されることになり、外国法を参照する必要はなくなる。一方、様々な解決が可能な場合には、解決モデルを考えつくす、といった観点からだけでなく、他国の解決策から経験的知識を得るためにも、外国の法秩序に目をやることは、道を外れたものではない。しかし、外国の解決モデルに賛同するには、外国の法秩序の枠組みにメリットがあるだけでなく、受容するに適切であるか、とりわけ、重要な枠組み条件（relevanten Rahmenbedingungen）が十分に類していることから転用できるか、といったことに左右される。枠組み条件が類しないために、受容のための適切性、ないし経験的データの言明力が欠ける場合、この解決策のメリットもなくなり、立法者は、ただ自国の法秩序と最も合致して妥当な解決を実現するのである。

四 法適用の段階

外国の法秩序の問題解決を考慮に入れることは、もちろん、法適用の領域においても、原則的には考えられうる。確かに、自国の法秩序が、はっきりと、ある実態に対する法的帰結を示す場合、外国の法秩序は考慮されず、立法上の場合と異ならない。しかし、少なくとも、自国の法秩序の規範に、問題解決をはっきりと示す指針が欠けており、そして、もはや解釈の問題である場合、つまりは、外国法が、自国法の適切な解釈に道を示す場合には、外国の問題解決策を考慮することがありうる。むしろ、自国の法が、問題解決に対し、明確な回答を何も有さないという欠陥がある場合には、外国の問題解決策を持ち込む前提としては、好都合である。しかし、このような場合に、外国の問題解決策を持ち込むための難点は存在しないのであろうか。

実際、欠陥が存在したとしても、裁量の自由がある立法者の場合とは異なり、

法適用者は、法秩序の一貫性と司法に対する立法の優位性から、自国の立法者の判断にしたがって、欠陥を克服しなければならないのである。そして、様々な解釈の余地があるときに、はじめて外国の法秩序を援用する余地が生じるのである。

また、規範が不明確であることを理由に、法適用者に問題を解決するための解釈をする裁量の余地があるとするのが、誤りである。というのも、条文あるいは立法者の意思に対応した帰結を導くことが、法適用者の解釈の目的であるためである。ただ外国の法秩序に飛びつくことは、裁判官に結びつけられた諸原理の軽視である。

そのため、法適用の場面で、外国の問題解決策を導入する余地は、自国の法を具体化し、精緻化を進める指導原理が存在しないときに認められる。この場合に、外国の解決モデルが参考となる。問題となるのは、よく知られていない外国の解決理念を参照しようとするときである。一般に、オープンな問題についても、とりわけ文書による議論を通じて準備することによって、考えられうる問題解決策が周知の事実と化している。むしろ、母国法の法秩序で、長い間集中的に議論され、そして、考え抜かれた場合は、興味深く、国境を越えた解釈が必要な場合にも有用である。とりわけ、自国の法が曖昧である場合、外国法は、立法の場合と同様に、経験的知識をもたらし得るために、興味深いものである。

もっとも、比較刑法が、これら全てを達成しうるのは、ある条件を満たしたときのみである。それは、主要な基盤と枠組み条件が、受容する側の国にも存在するときである。また、重大な枠組み条件が両国において大体一致している場合には、他の国で良いものであると実証されてきていることも、意義深く、言明力が大きい。

しかし、この要件が満たされるのは、非常に限定的である。枠組み条件は、しばしば、相当異なっている。外国の法秩序は、たいてい、変更されずに受容され得るが、ある枠組み条件のもとで実証された解決モデルが、他の条件下でもそのまま実証されることを、前提としてはならない。したがって、自国に法を受容する際に、外国の法秩序の解決モデルは修正されなければならない。その結果、自国法も互換性を備えている場合に、比較可能となるのである。しかし、このように修正することは、支えとなる枠組み条件を正確には明らかにできないために、相当困難である。それゆえ、外国法の解決策は、もはや有意義ではなくなる。なお興味深いのは、自国でも発見された基本原理を、ある状況下で実証されたことを理由に、自国の法秩序の枠組み条件の下でも細部まで精緻化でき、有意義であるということが、裏付けられる点である。

この概略に関する例は、たくさんある。ここでは、刑事訴訟における裁判官に

よる法の形成の例を挙げることができる。具体的には、証拠禁止（Beweisverbote）や、刑事手続上の取引（Verfahrensbeendigung）などの問題である。

ナチス政権以降、証拠禁止の分野について取り戻す必要があった。英米法が証拠禁止について非常に発展していたという、比較法には理想的な条件にも関わらず、ドイツにおける比較法的な影響はわずかなものであった。最も画期的だった、刑事訴訟法 136a 条の不当な尋問方法の禁止の規定は、外国のモデルを受容したものではなく、新しい憲法と相容れない不都合さに対する回答であった。そうして、裁判所法上展開された証拠禁止の基準は、立法者によって作られた根幹部へと歩み寄った。この新しい証拠禁止の背景もまた、外国法の影響は極めて少ないものであった。自国の法秩序の問題を解決するには、外国の法モデルとの調和より、自国の法秩序の基本価値を具体化するほうが、何倍も簡単に迅速で、上手いくのである。ドイツにおいて重要な枠組み条件とは一致しない条件下で展開された、「毒樹の果実論」が、支配的見解によって拒絶されたことも、このことを証明している。

証拠禁止のほかに、刑事手続上の取引がある。連邦裁判所と支配的見解は、この取引を認めるが、この取引は、他の法秩序における問題解決を受容したものではなく、実務上の要請から生じたものである。支配的見解を納得させるためにも、ここでは、明白ではない取引の内容が、憲法や刑事法上の諸原則に反しないことが重要である。外国において刑事手続上の取引が認められる条件を把握し、自国の法秩序の基本価値とミックスさせることは、骨の折れる作業であるため、外国の問題解決モデルを受容することは、ここでも行われていない。

この帰結には、失望させられるかもしれない。そのうえ、比較刑法における実務上の重要な秩序が民法のそれと類似しているように思われることも、困惑させるかもしれない。比較刑法に欠けているのは、民法に存在するような、現行法上の土台である。構成要件の明確性のゆえに、最も簡単に外国の問題解決策をもたらしうる一般条項が、相対的にほとんどないのである。

五 比較刑法の残された意義

これまで、法改正や立法化の場面では、比較法の影響は限られており、これらの場面で与えられるべき条件については、すでに論じた。しかしながら、比較刑法を行うことには理由があり、また意義深いものであることには変わりがない。例えば、犯罪者の引渡しといったものが国家間で認められるかどうかは、比較刑法なくしては、出来ない。また、ヨーロッパにおける刑法でも必要であると判明したことであるが、ある領域において、調和や統一化が目指された場合、統一の必要性（Angleichungsbedarf）と統一の可能性（Angleichungsmöglichkeiten）の

知識が前提となり、両者とも、共通点と相違点といったものを比較することなく考えることは出来ない。

また、このような必要性を度外視しても、比較刑法は、非常に根本的で学問的な、そしてアカデミックで教訓的な意義を与える。このことは、法理学・法社会学・文化学にとって意義深いということの意味するのではない。例えば、比較刑法は、刑罰に関係する公平さの幅 (Bandbreite) を明白にし、非常に具体的に、法と文化の繋がりを明らかにするのである。このように、比較刑法は、刑法の内容に関する記述を、豊かにしうるのである。

3 若干のコメント

本論文は、盲目的な比較法に警鐘を鳴らし、外国法との接し方をアドバイスするものである。立法段階における、歴史的確証の検討を踏まえたうえで、規範化の場面においては、枠組み条件が一致したり経験的データの言明力が存在したりすることが、比較刑法する際に要求されていることが示され、また、法適用の場面においては、さらに、自国の条件下でも適用可能であることが、条件として求められていることが明らかにされた。比較刑法の残された意義も、本論文からは、刑法の調和や統一化が目指された場合に有用であることと、刑法の内容をより豊かにする機能が示されている。もっとも、確かに、ヨーロッパにおいては、EU の形成といった調和や統一化を目指す傾向がある。これに対し、日本においては、ヨーロッパと比較した際、このような調和や統一化の運動はほとんど問題とされていない。つまり、本論文を当てはめた場合、日本における比較刑法の意義は、本論文におけるフリッシュの主張より狭まることも考えられるのである。

なるほど、確かに、我が国とドイツの関係に限らずとも、刑法の基本原則と呼ばれるものですら、背景となる価値が異なるために、普遍的なコンセンサスがとられていないかもしれない。また、各国で条文上は、同じような文言で規定されていたとしても、運用の仕方が異なる、といった可能性も否定されえない。このように、枠組み条件が異なる可能性が否定しきれない以上、枠組み条件の一致や、自国の条件下でも適用可能であるかどうかを問題にすることは、必要なことであるように思われる。

もっとも、意義の残された比較刑法の任務につき、刑法の内容に関する記述をより豊かにする、とフリッシュは主張するが、その具体的内容は明らかにされて

(7) イタリアにおいても、立法者に由来する法定主義が、普遍主義の要請と対立する、といった比較刑法と国内法の関係図が存在するようである。ミケーレ・バーバ／松田岳士訳「刑法における比較法研究の意義」阪大法学59号 (2010年) 946頁参照。

いない。したがって、この点を今後明らかにしていく必要がある。

例えば、一見すると突飛なようにも思われる見解であっても、仮に、とある国ではこのような制度で考えられている、といったデータを示すことができる場合、自説を裏付けることができるかもしれないのである。もちろん、その他国のデータは、当該外国特有の歴史・社会情勢・文化といった背景事情が存在する中で行われた実験のデータであり、自国に持ち込む場合に、当該外国特有の変数を外して、一般化する必要があるし、⁽⁸⁾さらには、わが国特有の変数をかませる必要があろう。こういったことを必要としなければならないことは、まさにフリッシュの主張と矛盾するものではない。しかし、この変数を外して一般化する作業に注力することを可能とするのは、比較刑法の意義の1つとして認められてもいいものであろう。⁽⁹⁾

また、自説を裏付けるところまでいかなくとも、知識として知っておくことにも、意義があるように思われる。外国の見解に依拠するかどうかに関わらず、自己を相対化することは可能となるのである。⁽¹⁰⁾つまり、比較刑法の結果として判明したものは、アイデアの源泉となりえるのである。仮に、比較刑法の結果得られたデータを自ら活用できなくとも、将来に、そのデータを上手く活用できる人が現れることも、他者依存ではあるが、否定しきれものではない。

もちろん、このようにして蒐集した資料を、どのように整理し、体系付けるのか、⁽¹¹⁾といった観点から、過度の比較刑法は混乱を招く、といった批判はすでになされている。しかし、それは、一定の刑法学的見地や刑事政策的見地から取捨選択⁽¹²⁾を上手にやることで、解決せざるを得ず、またそれで十分であるとされている。⁽¹³⁾

また、フリッシュの主張が、あくまでも比較刑法を行うことを首肯しつつも、A国ではaの考え方、B国ではbの考え方を追及していく閉鎖的な研究に警鐘を鳴らし、一方で、比較刑法を行う際の注意点を論ずることに主眼が置かれているように思われるが、いまだ明らかにされていない点は残されているよう。

例えば、本論文における比較刑法の対象国の射程の問題である。仮に、自国の

(8) 松澤伸「デンマーク法(2)」法学教室387号(2012年)36頁。

(9) ミケーレ・パーバ／松田岳士訳・前掲注(7)958頁、末道康之「比較刑法に関する一考察」法学研究80巻12号(2007年)393～394頁参照。

(10) このような純粋な情報提供目的として、ミケーレ・パーバ／松田岳士訳・前掲注(7)950～952頁、および末道・前掲注(9)393頁参照。

(11) 山田晨「比較法学における内外人の『感覚』の差異について」法学協会雑誌111巻2号(1994年)139頁以下参照。

(12) 田中耕太郎『世界法の理論第1巻』(岩波書店・1932年)13頁以下参照。

(13) 安平・前掲注(2)243～244頁。

主要原理に問題がない諸国として、あくまでも欧米を念頭においているのであれば、フリッシュの見解は我が国には適用されないことにもなりうる。もっとも、立法されて100年を経過する我が国の刑法は定着したと評価することも可能であろうから、立法段階の例として挙げられていた20世紀末の旧社会主義国家と比較しても、本論文の射程外に我が国が位置すると評価する必要は無いようにも思われる。それでもなお、対象国の基準の曖昧さは、やはり問題として残っているであろう。さらに、比較刑法を行うべき問題と自国で十分に解決できる問題の境界の位置がどこになるのかが問題となろう。何かしら普遍的なものが存在するのであれば比較刑法なくしては行いえない。また、将来的に我が国が他国と法の統一化を行うことがあれば、どこまでを統一して、どこからを各国に委ねるか、という問題に直面しよう。今後、こういった問題を解決していく必要があるであろう。

このように我が国では、あまり明確に定義がなされてこなかった比較法を有益なものとし、また議論の土台を共通化するためには、比較刑法学の方法論の共通基盤をあらためて確立する作業が必要である。フリッシュの論文はその枠組みを提示するものとして出発点となりうる点で、非常に意義深いものである。